Lima, setiembre de 2007 Año 6
Revista de actualidad jurídica

www.enfoquederecho.com

Enfoque Derecho

64



unapublicacióndethemis

ÍNDICE

enfoque DERECHO 64

Sugerencias y comentarios
enfoque@revistathemis.com
www.enfoquederecho.com

En la Mira

Después del terremoto

El pasado 15 de Agosto nos tocó vivir una experiencia que hasta esa fecha, a dos o incluso tres generaciones distintas, nos parecía algo irreal o traído de alguna película. Y si bien es cierto que nuestro país se ubica en el llamado "cinturón de fuego del pacífico" y en nuestra costa colisionan las placas Continental y Nazca, hace más de treinta años no se había presentado un movimiento sísmico de esas magnitudes.

Esta vez volvió a suceder y muy cerca de la capital, como para hacernos recordar a todos que muchas de las cosas que generalmente no se cuestionan o ni siquiera se piensan, porque parecen siempre estables, pueden pender de un hilo en cualquier momento. Pero si todo es solo un susto, éste al poco tiempo quedará de lado y lamentablemente la reflexión no durará mucho, pues todo volverá a la normalidad y a parecer estable nuevamente. Sin embargo si la experiencia va mas allá de un susto, pues el dolor se vive directamente, la situación puede ser distinta.

Por ello quisiera compartir unas líneas escritas por un compañero que acaba de cerrar su paso por THEMIS, pues a él le tocó vivir algo más que un susto. "Es horrible ver en la televisión imágenes de gente muerta, herida, o ciudades destruidas. Sin embargo, es mucho más doloroso saber que tu madre (que trabaja en un hospital) al descubrir el rostro de una persona fallecida, se de con la sorpresa que es amigo tuyo. (...) Resulta doloroso también llamar a un amigo y que llorando no se queje de ya no tener lugar donde vivir, sino de la muerte de sus padres. Causa mucha pena el saber que más de la mitad de la gente que vive en el mismo lugar que tú ya no tiene casa ni nada. (...) Y es una sensación indescriptible la que se siente cuando llamas por más de seis horas a tu papá y no tienes noticias de él. Luego, llamar a hospitales para ver si ahí pueden saber algo de él es incluso peor."

La situación evidentemente ha sido dramática, y con el pasar de los días todos nos hemos venido dando cuenta de ello. La respuesta es obvia cuando nos preguntamos si el Estado estaba preparado para enfrentar este desastre, claramente no. Mucho más aún si en las horas siguientes al terremoto el propio Presidente de la República le decía al país entero que "afortunadamente no había grandes pérdidas que lamentar", o si tenemos en cuenta que ante la desorganización y el caos imperante en los lugares afectados se les decía a unos socorristas extranjeros que se vayan si tenían miedo.

Sin embargo, así como el Estado no se encontraba, ni se encuentra, preparado para enfrentar un desastre natural como el ocurrido, consideramos que tampoco estaba preparado para enfrentar la violencia política por la que atravesó el país en los años 80 y 90. La diferencia es que esta situación no fue provocada por un desastre natural, sino que fue fruto de la propia sociedad o, en todo caso, pudo alcanzar los terribles niveles a los que se llegó por las grandes diferencias existentes.

Esta reflexión viene al caso porque el pasado 28 de agosto se cumplieron cuatro años de la entrega del informe final de la CVR y, a pesar de todo el estudio y las recomendaciones dadas, existe la sensación de que, al igual que en el terremoto, el país sigue sin estar preparado para enfrentar los distintos conflictos sociales que se presentan. Justamente porque no han disminuido las causas que pueden generarlos o hacer que los mismos encuentren un terreno fértil para alcanzar una gran expansión.

Lo que queda, entonces, además de una buena gestión por parte del Estado, es entender que es urgente la inclusión de todos en el desarrollo. No podemos solo reaccionar cuando el susto es algo más fuerte, no debemos olvidar que la CVR estimó más de 69 mil víctimas y que el 85% de ellas pertenecen a los departamentos más pobres, no hay que olvidar que existen personas a las que no se les puede caer una pared porque no la tienen; finalmente, no hay que olvidar que el dolor del otro no es tan ajeno como lamentablemente en nuestro país muchas veces ha parecido ser.

El Director



Enfocando la realidad

Punto de vista

Buenas prácticas en el Poder Judicial

Beatriz Boza*

¿Qué atributos solemos asociar los abogados y estudiantes de Derecho a nuestro Poder Judicial? ¿Cuáles son las imágenes que se nos vienen a la mente? Posiblemente, transparencia, eficiencia, calidad en el servicio y predictibilidad no serían las primeras características que asociamos y, si se nos ocurriesen, seguro sería para descartarlas. Más allá de permanentes esfuerzos de reforma e iniciativas dignas de mención, con el tiempo hemos ido creando una imagen desfavorable de la justicia en el Perú que se yergue un prejuicio con bastante frecuencia fundamentado en hechos concretos que nos expropia la posibilidad de ver en la realidad judicial algo distinto. El 22 de agosto del 2007 desde el Sheraton nos han dado un campanazo, en base al cual podamos alimentar la confianza de que sí es posible un cambio para bien en nuestro Poder Judicial.

"Queremos decir con este premio al Perú, que el cambio es posible y que con la actividad que estamos premiando se demuestra que pueden establecerse mejoras sustantivas en el servicio a los ciudadanos, en el servicio a la justicia y que bien vale seguir por este camino. Es así señores, que el Jurado ha decidido otorgar este reconocimiento especial, el "Premio a la Calidad de la Reforma" al Poder Judicial por la creación y funcionamiento de Salas y de Juzgados Civiles dedicados a la sub especialidad comercial." Con esas palabras el doctor Salomón Lerner Febres anunció la decisión unánime del Jurado del Premio de Buenas Prácticas Gubernamentales 2007 de distinguir al Poder Judicial, otorgándole un Premio Especial a la Calidad en la Reforma. Con esa buena práctica no solo se había reducido en más de 50% los tiempos en la tramitación de los procesos sino que se había mejorado la calidad y fundamentación de los fallos. Esa era la segunda vez que el doctor Francisco Távara, Presidente de la Corte Suprema y Presidente del Poder Judicial, subía al podio de ganadores a recibir un Premio de manos de un destacado miembro de la sociedad civil en representación del Jurado del Premio. Momentos antes lo había hecho como ganador en la categoría Transparencia y Acceso a la Información con la buena práctica "Jueces transparentes y cuadernos personales de decisiones jurisdiccionales" presentada por 60 jueces de distintos niveles funcionales, con el apoyo de la Comisión Andina de Juristas, en virtud de la cual los jueces publican en Internet todas sus decisiones con el objeto de dar a conocer la coherencia de sus criterios en el tiempo y permitir que la ciudadanía los conozca por su trabajo. Esa noche en el Sheraton, el Poder Judicial acaparó la atención de la audiencia.

Y allí no se agota la historia de las mejoras en el Poder Judicial comprobadas por el Equipo Técnico del Premio que organiza Ciudadanos al Día (CAD). Destaca, por un lado, la descentralización del Registro Nacional de Condenas que ha reducido de diez días promedio (en Iquitos y Madre de Dios era de veinte días) a diez minutos la expedición del certificado de antecedentes penales y, por otro lado, la creación e interconexión del Sistema Nacional de Requisitorias que permite hoy en diez minutos acceder a la base de datos de las requisitorias, sin necesidad de iniciar proceso alguno (antes, saber si una persona estaba requisitoriada, tomaba un promedio de tres semanas). Estas experiencias fueron calificadas como Buenas Prácticas Gubernamentales 2007.

Más allá de las prácticas presentadas al concurso de CAD, está la labor ejemplar que está impulsando la OCMA, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y otras iniciativas de mejora en curso en el sistema judicial. ¿Qué podemos hacer quienes no estamos en el Poder Judicial para impulsar más reformas como estas? ¿Hay un rol para abogados, estudios de abogados y la sociedad civil? Sí. La Comisión Andina de Juristas, que apoyó decididamente la transparencia en las decisiones jurisdiccionales, ha marcado un derrotero. Universidades, empresas proveedoras y otras entidades que están colaborando con el Poder Judicial podrían documentar lo que se está haciendo y darlo a conocer. Los estudios de abogados, a su vez, también podrían cumplir este rol desde su experiencia y los estudiantes de Derecho pueden hacer lo propio desde las revistas que publican e investigaciones que realizan. Hay cambios interesantes. Tenemos que conocerlos y reconocerlos para garantizar que continúen. (*Directora y fundadora de Ciudadanos al Día).

Abriendo los Ojos

Perú 7,9

Miguel Morachimo

Las últimas cifras oficiales registran más de quinientos muertos y cerca de treinta mil personas damnificadas a causa del terremoto del último 15 de agosto. Esta catástrofe ha puesto a nuestro país en el ojo de la cobertura mundial como no sucedía quizás desde la época del terrorismo. Una prueba de ello es que los gestos de ayuda provenientes del extranjero no se han hecho esperar. Cabe preguntarse, entonces, cuál es el país que se está mostrando a la opinión internacional.

Casi una semana después de ocurrido el sismo, un poblador de Ica expresaba, para el New York Times, el malestar que sentía ante la casi inexistente autoridad en la zona. La Organización Panamericana de la Salud llamaba la atención al Estado Peruano por la deficiente labor de ayuda y organización desplegada en los lugares afectados. Casi en simultáneo, el Ministro de la Producción convocaba a una conferencia de prensa para anunciar el lanzamiento de PISCO 7,9 bautizado *ad hoc* en alusión a la intensidad del sismo y a la zona que fue afectada y se sacaba fotos sosteniendo la botella que en minutos estaría en las portadas todos los servicios de noticias mundiales. Hacia la noche de ese mismo día, Alan García declaraba para El Comercio que él no sabía nada de dicho producto y que no emitiría comentario hasta ver la botella. Mientras tanto, la BBC informaba que en algunos sectores del departamento de Ica la ayuda aún no había llegado y mucha de la que había sido enviada era saqueada antes de llegar a su destino por pillos y pobladores desesperados, a quienes el circo mediático del Ejecutivo no les iba a dar algo que comer esa noche. Ni siquiera una lata de atún con la cara de Hugo Chávez.

Una cosa queda clara. El gobierno, en todos sus niveles, no ha sabido implementar un sistema descentralizado de cooperación que esté a la altura de las circunstancias. Lo sucedido aquí podría ser una buena radiografía de la forma en la que se están tratando varios de los puntos de la agenda nacional. No solo no hay por parte del Estado una rápida y eficaz distribución de la ayuda, sino que tampoco parecen estar enterados de la magnitud del fenómeno al que se enfrentan. No es más eficiente la donación que llega primero, sino la que puede responder mejor a una necesidad probada. El Gobierno se ha preocupado mucho del despliegue mediático enviando a los ministros, dando mensajes a la nación y difundiendo un discurso autojustificativo que no es propio de una situación de emergencia en la que lo más importante es tender redes de ayuda que lleguen hasta quienes la necesitan y organizar la reconstrucción; es decir, actuar. Actuar como ya lo han hecho miles de peruanos en un fenómeno masivo de identificación que deslumbra como hoyo en la carpa de este circo y que nos hace pensar que, al menos por un momento, el anhelo de integración popular es más fuerte que la voluntad política de impedirlo.



Gran noticia: alianza de comercio y banca llega al Perú

Luis Pizarro

No han sido pocas las notas de opinión que en los últimos años he escrito para Enfoque reflexionando sobre el preocupante bajo nivel de intermediación financiera y la alta concentración bancaria (según el índice Herfindahl Hirschmann o IHH) en nuestro país. Basta decir que en el año 2002 el ratio de intermediación en el Perú (porcentaje que relaciona el total de colocaciones del sistema financiero con el PBI) era 25,15% y en el año 2006 fue 21,47%, mientras que en Chile 66,55%. Claro y elocuente.

No obstante, este diagnóstico poco alentador. Es incuestionable constatar las contundentes fortalezas de nuestro sistema financiero, cuyas características se resumen en los siguientes grandes parámetros: (a) altamente líquido; (b) dolarizado pero con una creciente, sana y espontánea "solarización"; (c) cartera atrasada y morosidad con niveles históricos nacionales y comparativos internacionales bajos; (d) consecuentemente a lo demás elementos, alta rentabilidad, que por lo menos se ha duplicado en los últimos tres años; y, (e) todo esto en un contexto de capitales adecuados y patrimonios sólidos, seguros y suficientes de las entidades financieras.

Vale dejar constancia que estos admirables resultados son consecuencia natural de la excelente situación de la economía peruana desde los años 90, así como del rol del mercado y la iniciativa privada; y no, necesariamente, de la supervisión bancaria, ni de la regulación estatal, que cumplen un rol prudencial y profesional correctos pero complementarios.

Ahora bien, en las últimas semanas los medios de prensa locales especializados dan cuenta de noticias realmente esperanzadoras que merecen resaltarse, relacionadas con el próximo ingreso al Perú de Banco Santander y Deutsche Bank (sumándose al reciente inicio de operaciones de HSBC Bank y la consolidación de Scotiabank), pero más importante aún el otorgamiento de las licencias bancarias para Banco Ripley y Banco Falabella de Chile, y Banco Azteca de México.

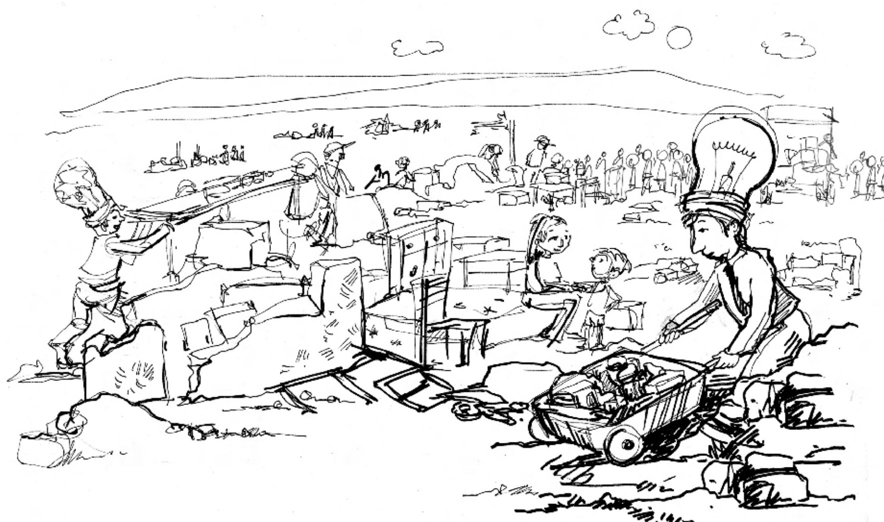
En este contexto, es muy sencillo advertir, echando una mirada a las tendencias bancarias internacionales, los exitosos desarrollos crediticios de los grandes conglomerados del *retail*, aprovechando recíprocamente las ventajas del comercio y el crédito para construir bancos especializados a las personas, generando colocaciones para la adquisición de bienes y otras modalidades de crédito de consumo o personal, y en muchos casos proyectando gran confianza en los clientes para recibir sus depósitos de ahorro con mejores condiciones que la banca corporativa tradicional.

En el Perú, respecto de las cadenas de tiendas por departamento Ripley y Falabella no hay mucho que abundar que no se conozca, pues no cabe duda que en los últimos años ambas han revolucionado favorablemente los esquemas de comercio minorista en nuestro país con una clara vocación y cumplimiento de buen servicio, calidad de producto, precio bajo y acceso al crédito para miles de peruanos antes excluidos.

El caso de Banco Azteca es también muy prometedor, pues como brazo financiero del poderoso Grupo Elektra, han expandido su indudable liderazgo comercial y crediticio de México, creando bancos en Honduras, El Salvador, Guatemala y Panamá, y próximamente en Brasil y Perú (licencias recién otorgadas), y Argentina (licencia en proceso), cuya filosofía emprendedora de negocios permite mejorar la calidad de vida de los sectores principalmente populares, siendo innovadores en sistemas de tecnologías de información (IT), logística y distribución para garantizar un alto nivel de garantía y calidad de servicio a bajo costo.

Sería ideal a favor del proceso de incremento de la bancarización y democratización del crédito que otros exitosos grupos comerciales peruanos y extranjeros "den el salto" emprendedor para la formalización de brazos financieros. Todos ganaremos.

Desenfocados



Responsabilidad penal del conductor y de los órganos de dirección de las empresas de transporte público: buses chocones

Roger Yon

Es materia de la presente entrega explicar, a grandes rasgos, cuál es la naturaleza y alcances de una respuesta penal frente a la situación generada por la reiterada colisión de buses en las carreteras del país, lo cual ha venido ocasionando una serie de pérdidas tanto materiales cuanto personales.

Asumiendo que la figura bajo la cual dichos buses ofrecen sus servicios en el mercado es a través de una persona jurídica, el presente artículo se centrará en determinar la responsabilidad tanto de los conductores de los buses, cuanto de los órganos de dirección de la persona jurídica titular de dichos vehículos dejando la responsabilidad de la propia persona jurídica a ser desarrollada en trabajos posteriores. Al respecto, nos permitimos señalar lo siguiente:

1. Exclusión de responsabilidad penal por caso fortuito.-

Caso fortuito es aquel en el cual la situación de riesgo se ha generado sin que exista posibilidad de control del mismo por parte de los conductores u operadores (ausencia de dolo o culpa). En estos casos, se excluye toda responsabilidad penal, puesto que no se puede hacer responsable por la creación o aumento de un riesgo sobre el cual no tuvo algún tipo de control y, por lo tanto, posibilidad concreta de evitar dicha conducta de riesgo.

En el caso de colisión de buses ocasionado por un caso fortuito (por ejemplo, el deslizamiento de unas rocas que determinan tal colisión), quedan excluidos de toda responsabilidad el conductor del vehículo y los directivos de la persona jurídica (empresa de transportes terrestre, propietarias de los buses), debido a que, como ya se señaló, los factores que ocasionaran el siniestro, escaparon al control de sus operadores y/o conductores.

2. No existe autopuesta en peligro por parte de los pasajeros.-

Para que exista una autopuesta en peligro, es fundamental que el sujeto tenga el conocimiento de estar exponiéndose a un riesgo que, en el presente caso, sea capaz de lesionar su vida o dañar seriamente su propia integridad. En tal sentido, consideramos que no es posible aducir desde una óptica jurídica – penal que viajar en autobús, constituya de por sí– colocarse concientemente en un peligro para la vida o la integridad, puesto que, siguiendo un razonamiento contrario, se caería en el absurdo de sancionar como tentativa de lesiones u homicidio cualquier viaje en esta clase de vehículos cuando el transporte de pasajeros constituye un riesgo permitido.

Sin embargo, somos de la postura que sí habría una autopuesta en peligro en el caso que las condiciones del autobús sean grosera y evidentemente riesgosas; es decir, que en sí mismas entrañen un riesgo para la vida o integridad desde el punto de vista de cualquier observador, pudiendo ser el hecho de que el bus viaje de noche sin faros o luces, que no tenga frenos, o que tenga llantas a medio salirse de sus respectivos ejes; siempre y cuando dichas condiciones hayan sido previamente conocidas por los pasajeros. Por supuesto, se trata de supuestos excepcionales (contrarios a la regla) que merecerían un tratamiento especial.

3. Responsabilidad penal del conductor Imprudente.-

En primer lugar, se debe señalar que, en la medida que nos encontramos frente a la afectación de bienes jurídicos individuales (vida, integridad), optamos por una postura tradicional que admite la clasificación de culpa con representación o sin ella, en la medida que consideramos que ésta es la postura más acorde con la realidad del Perú al ser que, a diferencia de una postura cognitiva, obliga al juzgador a realizar un análisis jurídico (y probatorio) más exhaustivo de las circunstancias en las que el hecho se realizó a fin de probar la existencia o no de un elemento volitivo en el accionar riesgoso (además del cognitivo).

En segundo lugar, se tiene que el conductor del vehículo siniestrado sería responsable a título de imprudencia (asumiendo que actúa sin admitir o, conociendo defectuosamente la posibilidad objetiva que el resultado se produzca, en la medida que, en el plano objetivo, se verifique la infracción de un deber objetivo de cuidado (manejar ebrio, manejar por más horas de las permitidas y sin el descanso respectivo, conducir sin tener la habilidad requerida para el manejo de ómnibus, etc.), como factor determinante en una relación de riesgo con la producción del resultado típico (muerte, lesiones, etc.),

Así, en el plano subjetivo (el cual debe inferirse de la conducta del agente), se tendrá que el sujeto orientó su conducta a la infracción del deber de cuidado sin representarse la producción del resultado descrito en el tipo penal, lo cual es lo que más se aproxima al caso de los conductores de buses, puesto que, siendo la conducción su fuente de ingresos, el choque del vehículo no sólo los dejaría sin trabajo, sino que les restaría crédito en dicha labor.

4. Responsabilidad penal de los Órganos de dirección de la persona jurídica

Caso en el que la empresa es informal, y no está sujeta a algún tipo de control

La informalidad, según la trataremos en el presente trabajo, supone no sólo que la

empresa esté fuera de algún tipo de control por parte de las autoridades correspondientes, sino, además, que en la misma no se haya implementado los mecanismos necesarios para una correcta prestación del servicio. En tal sentido, podemos establecer dos supuestos fácticos:

La Empresa no tiene autorización para prestar el servicio pero cumple con todos los requerimientos necesarios para llevarlo a cabo.-

Aunque la empresa no cumpla con los requerimientos formales que solicita el ordenamiento para ostentar la calidad de "formal", puede ser que ésta cumpla con todos los requerimientos para la circulación de los buses. Ante esta situación, la empresa como persona jurídica– simplemente incurre en una infracción administrativa, al no contar con la licencia de funcionamiento o encontrarse vencida, por ejemplo. En lo referente a sus "órganos" de decisión, éstos no incurren en ilícito penal alguno al ser que han cumplido a cabalidad con proveer materialmente– a los pasajeros de todas las condiciones de seguridad que están a su alcance. Así, el que no cuenten con autorización no condiciona –en nada– la creación o aumento de un riesgo para los bienes jurídicos afectados.

Colisión que se produce como consecuencia de la falta de control y/o ausencia de los requerimientos mínimos para la circulación.-

Esta situación, distinta a la anterior, presenta el caso que la colisión se haya producido por la inobservancia de los requisitos necesarios e indispensables de seguridad para la circulación del vehículo. Aquí es necesario señalar que a pesar de la informalidad de la empresa, su organización esta basada en una distribución de funciones (a través de, por ejemplo, un estatuto interno), sustentado en un principio de jerarquía; siendo que con ello se delimitan cuales son las competencias específicas de cada miembro de la empresa.

Así, por ejemplo, el "administrador" tiene, dentro del marco de sus funciones, el de vigilancia de las condiciones óptimas de los vehículos, como que estos hayan pasado la revisión técnica o que cuenten con todos los implementos necesarios ante un eventual accidente. Si este administrador no cumple con su labor asignada y como consecuencia de ello se produce el accidente, asumiendo una postura garantista, únicamente éste respondería a título de omisión, al tener un deber de garante materializado en el deber de vigilancia de una fuente de peligro en virtud de una normativa interna.

En el caso que ésta organización jerárquica y compleja no se de en la empresa informal, deberán responder penalmente –a título de omisión– todos sus integrantes con poder de decisión, en la medida que sobre todos ellos recae el deber de vigilancia de la fuente de peligro que es el vehículo.

El accidente se produce exclusivamente a consecuencia de la negligencia del chofer.-

En la medida que el accidente se produce como consecuencia de la negligencia del chofer; siempre y cuando la persona jurídica no haya determinado o contribuido a la producción del riesgo, ya sea con un deficiente control en las condiciones para la prestación del servicio (por ejemplo, que el vehículo no este en condiciones óptimas para prestar el servicio) o que sus ejecutivos asignen al vehiculo rutas para los cuales no estaba condicionado (no requiere el mismo condicionamiento el vehículo en la costa que en la sierra, en época de lluvia, en trayectos más largos); descartándose los supuestos precedentes, únicamente responderá el chofer a título de imprudencia bajo los alcances señalados en el numeral 3.

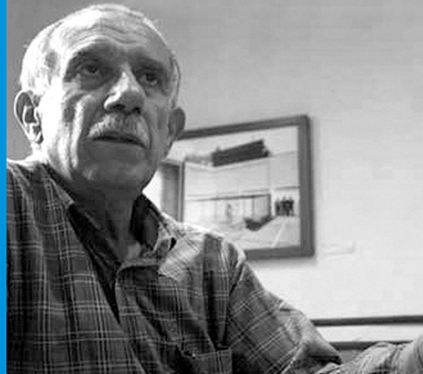
Caso en el que la empresa cuenta con todas las autorizaciones pertinentes pero no brinda las condiciones adecuadas concretas para prestar el servicio.-

En el caso en que los órganos con poder de decisión en la empresa decidan no brindar las condiciones adecuadas para el servicio, siendo que, por ejemplo, obligan a los conductores a manejar más horas de lo permitido sin contar con reemplazo en los trayectos largos, o no cumplen con acondicionar o dar el mantenimiento adecuado al vehículo; se tiene que, debido a su cargo tienen un deber de vigilancia de una fuente de peligro el autobús–, responderán a título de omisión, sin perjuicio que además el conductor responda a título de imprudencia bajo los alcances señalados anteriormente, siempre y cuando infrinja algún deber de cuidado.

Importa acotar que el Código Penal en sus artículos 24º y 25º establece que es posible comprender a los directivos de la empresa con funciones de control– en calidad de instigadores o cómplices ya sea primario o secundario– en la realización de delitos imprudentes. (Aunque siempre mediante comportamiento doloso).

Tema pendiente y no menos importante es el relacionado con la responsabilidad penal de la empresa de transportes, en tanto persona jurídica. El legislador se ha contentado con canalizar dicha responsabilidad que tiene "identidad de eficacia de riesgo" con los actos imprudentes de los conductores, en la institución del Actuar En Representación de Otro (que por cierto, no sustituye o descarta la responsabilidad penal de la persona jurídica); el actuar por otro, tal como ha sido recogido en nuestra legislación, resulta una institución defectuosa deficiente e incompleta– que necesita ser reformulada, acorde con supuestos de la realidad (casos en los que el representante también sea una persona jurídica, o que el representado sea una persona natural, o la existencia de una representación de hecho, entre otros supuestos no legislados).

Concluimos afirmando que todo lo señalado se iría al tacho de ser que, atendiendo al caso concreto, nuestros jueces y fiscales evadan su responsabilidad respecto de recoger y valorar los elementos o medios de prueba necesarios para establecer en qué supuesto se circunscribe la conducta riesgosa e ilícita. En tanto se trate de un ilícito administrativo esperamos que las disposiciones en este ámbito se cumplan de manera rigurosa como factor de prevención de actos que terminan con la vida o afectan la salud de las personas.



Periodo de García

Enfocados

Entrevista realizada a:

Santiago Pedraglio
Sociólogo y periodista político

Por: Agustín Grandez
Miguel Morachimo

En esta ocasión Enfoque-Derecho tuvo la oportunidad de entrevistar a Santiago Pedraglio a propósito del primer año de gobierno de Alan García y el actual panorama político.

¿Tras un año con Alan García en el poder, cuál es el balance que podría hacer de su gestión?

Para comenzar, en términos de la economía, todos sabemos que ésta sigue creciendo incluso a pesar del terremoto. Se sabe que va a crecer un 7% este año, nuevamente, lo que es muy importante. Pero creo que el gran tema del año, además del crecimiento que ha sido positivo, es la promesa de García de producir un cambio responsable. Creo que en las elecciones del año pasado se confrontaron una propuesta de cambio radical contra una propuesta de cambio responsable. Hay un mayoritario sector de la población que no siente que se esté haciendo algo por lograr esa meta y eso se transforma en un malestar evidente. Esta falla se expresa, por ejemplo, en la falta de una política clara de descentralización. Tampoco existe una política definida en relación con sectores agrícolas, que son muy sensibles porque en ellos el porcentaje de pobreza es mayor. El proyecto de Sierra Exportadora es un proyecto muy pequeño que afecta a sectores bastante reducidos de la población andina, y no se ve una propuesta ni un plan serio en relación con el sector agrario o rural. Los datos señalan que la pobreza rural llega al 68%, aproximadamente. El salario mínimo vital tampoco se ha incrementado. Entonces, existen tareas que no han sido cumplidas por el gobierno y que responden a la promesa de cambio responsable. En conclusión, la economía sigue creciendo, la política de reformas del gobierno sobre todo aquellas que alientan la distribución del crecimiento son muy tímidas, la verdad a veces inexistentes. En relación con el conflicto social, era esperable que este se produjera. Yo creo que ha habido un doble discurso, pero en muchos de los casos el gobierno ha negociado, lo cual me parece positivo, porque es el momento de abrir la negociación a los reclamos, no todos, de la población que son justos.

¿Qué errores cree que ha cometido el Gobierno y cuál considera que es la agenda pendiente?

El principal error es uno que hecho mención anteriormente, es decir, la falta de énfasis en la redistribución. Por ejemplo, el Gobierno no ha tocado el tema de las sobre ganancias mineras, que era un tema pendiente. No se ha tocado el tema de una reforma al sistema tributario hacia uno más justo que el actual. Como dije antes, no ha habido una propuesta particular frente al tema rural y agrícola, que de cara a una posible firma del TLC va a ser el más perdedor. No me refiero al agro exportador, sino al productor para el mercado interno, recordando que éste es el sector de mayor pobreza. No hay señales claras respecto del sur del país, que es una de las regiones más pobres. Éstos, creo, son los grandes déficits del gobierno.

Se ha anunciado la implementación de un sistema universal de salud, medida que me parece muy positiva. Creo que hacia delante la agenda es seguir creciendo económicamente, no me cabe la menor duda, pero al mismo tiempo redistribuir mejor. Ese es el gran tema y, además, creo que falta más previsión, no solamente en relación con desastres naturales, sino también en el sentido de falta establecer prioridades, saber planificar. En el último discurso presidencial ha sido bueno que el Presidente establezca metas hacia el 2011 en varios sectores, pero creo que no hay proyectos de mediano y largo plazo, éstos solo existen para proyectos de infraestructura. Además, no se está tomando en serio el tema de la reforma educativa, hay criticas al SUTEP, muchas de estas pueden ser justas, pero a eso no se reduce la reforma educativa. Se ha planteado la eliminación del analfabetismo de aquí al 2011, pero hay propuestas que no están siendo tomadas seriamente como las del Consejo Nacional de Educación. La agenda tiene que ver con distribución y adoptar políticas de reforma a mediano y largo plazo en educación, salud y la propia reforma del Estado, que están cantadas y pedidas, y que no pueden centrarse en medidas aisladas o puntuales.

Ya que tocó el tema del discurso presidencial, ¿Qué sensación le dejó éste?

Creo que hubo el esfuerzo del presidente de poner metas, lo que me parece muy rescatable ya que existían varios sectores de la población que demandaban del Presidente un trabajo en función de metas. Faltaron algunas metas y respecto de otras no quedó claro cómo es que se piensa llegar a ellas. Por ejemplo, no sé cómo se piensa reducir la pobreza al 30% en el 2011. No sé cómo se ha llegado a ese cálculo, porque diversos estudios señalan inclusive los más optimistas que para esa fecha la reducción máxima que se podría alcanzar es de 36% y 38%. Se ha prometido también reducir la pobreza rural en aproximadamente 20 puntos, pero no se ha explicado cómo es que se va a lograr esta cifra. Como dije, está muy bien que se pongan metas, pero no tengo muy claro cómo se van a cumplir con algunos de estos propósitos.

Del discurso, además, son rescatables la propuesta de establecer un seguro integral de salud y el compromiso del Presidente por impulsar el proceso descentralización. Hubo algunas propuestas confusas, como el denominado Pacto Social: la verdad es que desde el comienzo no se sabía cuál sería la agenda de éste. En un primer momento se dijo que serviría para discutir el tema de la remuneración mínima vital, luego se dijo que esta discusión no sería tema de agenda, al final se ha quedado sin agenda y entonces para qué establecer el Pacto Social si ya existía un foro de discusión como el Acuerdo Nacional o el Consejo Nacional de Trabajo. No quedaba claro ni quiénes participaban ni sobre qué iban a discutir. En el balance hubo aspectos positivos, como establecimiento de metas, algunas de ellas rescatables (aunque, como ya señalé, no se haya explicado cómo cumplir con éstas). Pero, desde mi punto de vista, no se ha respondido con la iniciativa necesaria al reclamo de la población de una mayor preocupación por problema social.

Una de las principales críticas a este gobierno es su falta de políticas claras en el tema anticorrupción. ¿Cuál es su opinión al respecto?

En realidad el gobierno durante este primer año no ha tenido un plan nacional anticorrupción. O, por lo menos, no tiene uno que haya sido hecho público. El Gobierno no ha puesto un énfasis en este aspecto. Se ha hecho, realmente, muy poco.

¿Cuan presente cree Ud. que se encuentre en la agenda del gobierno la

posible vuelta de Fujimori y, en general, todo el proceso de extradición?

El cálculo político del gobierno pasaba considerar a Fujimori como elemento distorsionador y, por lo tanto, concluir en que no les resultaba conveniente su posible vuelta. Pero, al margen de qué pensaban y de las pocas iniciativas políticas que tomaron como gobierno, objetivamente hablando el proceso de extradición está caminando y, en última instancia, será decisión del Poder Judicial chileno. Si éste decide su extradición, no va a haber nada más que proceder con ella. Sin embargo, pienso que el gobierno no ha tenido mucha voluntad política de empujar la extradición.

Dentro de este panorama, ¿cuál considera que es la labor que está cumpliendo la oposición?

Sin duda la oposición política prácticamente no ha existido. Hay que tomar un hecho: el año pasado quien tuvo la primera bancada parlamentaria fue el Partido Nacionalista con Unión por el Perú (UPP). Si bien perdió la elección presidencial, fue la más votada de entre las bancadas parlamentarias. Sin embargo, esa agrupación se terminó dividiendo al cabo de mes y medio o dos meses: se retiraron algunos, luego se separó UPP del Partido Nacionalista. Si hablamos de oposición parlamentaria, ésta prácticamente no ha existido. Éste es un problema porque hizo que solo exista durante este primer año de gobierno una oposición social, mas no política, signo evidentemente negativo porque la oposición social debería de contar con una manifestación en el ámbito político. No para crear caos, sino más bien para que las demandas tengan una manera organizada de presentarse y formularse, lo que no se ha visto y sin duda me parece de las principales debilidades que afecta nuestro sistema político. El hecho que no exista una oposición política, que se exprese políticamente, una oposición que se manifestó en las elecciones del año pasado como muy poderosa es evidentemente un problema.

Si bien puede ser aún muy aventurado, ¿cómo vislumbra Ud. el panorama para las próximas elecciones presidenciales?

Es aún muy difícil saberlo, diría que prácticamente imposible. La razón por la que es difícil adelantar opinión es por lo que señale anteriormente, no existen partidos políticos. Salvo el APRA, los demás no son partidos políticos organizados nacionalmente, incluso Unidad Nacional que era la otra fuerza medianamente organizada también ha entrado en crisis. Entonces, predecir cómo será el 2011 cuando no hay partidos políticos, salvo uno, es con toda franqueza ponerme ante una “bola de cristal”. Podría decir que puede haber candidatos marginales, pero ese ya es el grado de la “bola de cristal”.

¿En este escenario es posible considerar a Ollanta Humala como una figura caduca?

No diría que caduca. Lo que sí diría es que, durante este primer año, esa figura se ha desdibujado y que su fuerza política ha sido prácticamente inexistente. A pesar de haber conseguido una altísima votación y de tener la primera mayoría parlamentaria. Ahora, veo difícil que logre recomponerse pero no imposible. Lo veo bastante complicado porque creo que durante este primer año ha perdido bastantes puntos.

¿Y como se vislumbra la figura de Fujimori, es ya un cadáver político?

Hablar de cadáveres políticos en este país es bien difícil, porque hay muchos resucitados. Tenemos toda una banda de “lázaros” a lo largo de la historia de la política peruana, por lo que no me atrevería a hablar de cadáveres. El Fujimorismo puede pretender, si regresa Fujimori extraditado, convertirse en una fuerza política más activa, incluso aparecer en algunos momentos como parte de una fuerza opositora. No sé bien qué juego pueda hacer. Pero no me adelantaría en señalar a Fujimori como un cadáver político. Como dije antes, “lazaros” abundan.

Respecto del terremoto de agosto, se ha criticado en las últimas semanas la deficiente labor del Gobierno para atender a la magnitud del desastre. El Gobierno ha respondido que este no es el momento de críticas, sino más bien tiempo de ayudar. ¿Qué opinión le merece esta actitud del gobierno?

En este caso particular colaborar es necesario y hay que hacerlo siempre, ya que este asunto no afecta al Gobierno sino a la gente. Aquí hay que distinguir aquella responsabilidad que le corresponde al Gobierno y aquella que va más allá de éste y pasa a un plano estatal. Si bien el Gobierno es parte central del Estado, y creo que éste ha reaccionado rápido, en cuanto al desplazamiento del Presidente y de los ministros. Lo que ha faltado es más orden e información. Creo que, al principio, el Presidente cometió errores producto de la desinformación, como señalar que la mortandad que se había producido no era grande a las tres horas de ocurrido el sismo. Después, ha faltado organización, pero esto se da por una falta del Gobierno en estar preparado para una emergencia de este tipo, pero también por un problema del estado que va más allá del Gobierno. No se puede achacar toda la responsabilidad al Gobierno central porque hay instituciones como el sistema de Defensa Civil que, hasta donde yo sé, no ha funcionado y es un asunto que debe ser replanteado. Tampoco puede tenerse una visión centralista de la ayuda, no puede pensarse que tiene que venir de Lima. Si mañana hay una desgracia semejante, ojalá que no fuera, pero si se diera en otro lugar de más difícil acceso que Pisco, la magnitud del caos sería mucho peor. Si ahora los camiones no llegaban los dos primeros días por el mal estado de la carretera, imaginemos otros lugares en los que podría ser igual o peor. Tiene que haber una estrategia descentralizada para afrontar catástrofes como ésta, en donde creo que hay una responsabilidad de organización del gobierno, reconociendo que tuvo reflejos rápidos, pero creo también que hay un problema de organización del Estado, de su organización más global, que amerita ser replanteado. Se sabe que el Perú sufre de terremotos, friajes o fenómenos del Niño y que debe platearse una estrategia descentralizada de organización que permita anticiparse a estos fenómenos, donde el poder central es clave, no me cabe duda, pero que debe basarse en las iniciativas locales.

Producto del Terremoto, se vio una labor solidaria sin precedentes. ¿podría ser un signo de que finalmente se logra algo de la tan anhelada unidad social?

Creo que es una muy buena señal esta solidaridad tan grande y ojalá refleje una mayor integración entre los peruanos, que debe manifestarse en una mayor cohesión, que el 45% de pobres que viven en este país se reduzcan, eso es clave, y que los derechos cada vez se puedan generalizar más y que no haya ciudadanos de primera o segunda categoría. Sin embargo, que esto signifique un vuelco está aún por verse, creo que es una señal, una muy buena. Ojalá que sea así.

Vistazo Legal

¿Y cómo hacemos? - La transferencia de bienes inmuebles en el caso de reorganización de sociedades extranjeras

Martín Mayandía
Analista
Invitado

La compra de bienes inmuebles en el país por parte de sociedades constituidas en el extranjero es una cuestión sencilla, tan fácil como para aquellas constituidas en el Perú.

Sin embargo, si tales sociedades se fusionan o escinden y, como consecuencia de ello, un tercero adquiere la titularidad de sus bienes, tal cambio de titularidad a nivel registral no es nada sencillo.

Ello porque la posibilidad que los bienes de una sociedad extranjera varíen de titular por causa de reorganización, no se encuentra contemplada. El Código Civil y el Reglamento de los Registros Públicos indican que son inscribibles lo títulos emanados de autoridades o funcionarios públicos extranjeros, si la ley peruana los considera lícitos y cuentan con las legalizaciones y traducciones correspondientes. Sin embargo, en el caso de reorganizaciones foráneas, hay que "convencer" al Registrador de que los bienes han sido asignados a otra empresa. Más difícil que venderlos.

Para la reorganización de sociedades, como sucede para el Registro de Poderes, debería bastar con que se envíe al Registro Público el documento que contenga la misma y que determine el cambio de titularidad, sin que ello sea revisado en base a los principios registrales procediéndose a la inscripción. Por ejemplo, en el caso de fusiones llevadas a cabo en el Perú, entre dos sociedades domiciliadas, se procede al cambio de la titularidad con la Escritura Pública de Fusión correspondiente. Es decir, se "corre" la información obrante en el Registro porque éste, inteligentemente, presume que si una empresa se fusiona, los bienes de esta pasarán a su absorbente o a la nueva empresa creada. Porque de eso se trata. ¿Por qué no se sigue esta misma línea para el caso de sociedades extranjeras?

En el caso de sociedades extranjeras, no basta con la inscripción de la reorganización en el Registro extranjero correspondiente pues, a falta de procedimiento, se observa y solicita cualquier documentación (ejemplo, la Resolución 350-2000-SUNARP, que finalmente ordenó la inscripción de una transferencia de dominio de inmueble de una empresa extranjera, luego de todo un proceso). Por ello, consideramos, para establecer un procedimiento que satisfaga a todos, que al documento inscrito en el país de origen que contenga la reorganización (que a su vez determina el cambio de titularidad) debe acompañarse el certificado de existencia de la empresa a cuyo favor se inscribirá el cambio, conjuntamente con el extracto de su estatuto que indique las facultades de su representante y la designación de este, legalizados y traducidos. No deberá el Registrador revisar la legalidad de los documentos, inscribiendo el cambio en una forma tan simple como la que permitió a la sociedad extranjera adquirirlo.

El Reglamento de Fondos de Inversión y su nueva modificación: ¿en donde estamos?

Miguel Galluccio
Analista
Invitado

El 25 de julio de 2007 se publicó en el "El Peruano" la Resolución CONASEV 055-2007-EF/94.01.1, la cual modificó el Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras (el "Reglamento"). Con ello, el Reglamento, vigente desde el 2003, ha sufrido ya más de tres variaciones. La nueva modificación podría dividirse en dos partes.

En la primera parte, se han simplificado ciertos procedimientos, facilitando la comunicación entre la sociedad administradora y los partícipes y estableciendo menos requisitos para realizar ciertos actos, como inscripción de sociedades administradoras o fondos de inversión, las modificaciones del Reglamento de Participación o los aumentos o reducción del patrimonio de los fondos. Asimismo, se han flexibilizado los requisitos para ciertas inversiones y los parámetros del derecho de separación. Pero, ¿qué hay con cambiar las innecesarias exigencias en otros temas operativos, como plazos de convocatoria, necesidad de asambleas presenciales u obligación de remitir, a pesar de la modificación, tanta información en periodo tan distintos? ¿Por qué límites al exceso de participación? ¿Que hay con el rígido sistema de valorización?

Por otra parte, tenemos todo un título nuevo aplicable sólo a "inversionistas acreditados". En esta sección se han relajado mucho más las reglas, permitiendo gastos preoperativos, eliminando el derecho de separación y reduciendo los requisitos para efectuar algunas inversiones. No obstante, ¿no fue posible hacer más, tratándose de inversionistas calificados, como permitir una gama de inversiones más amplia que la existente? ¿Hubo alguna coordinación con alguno de estos inversionistas, para que la oferta y la demanda se sinteticen a fin de permitir la inversión en cuotas de participación a un costo administrativo menor? Probablemente sí, sin embargo, el Reglamento no parece reflejarlo del todo.

Entonces ¿en donde estamos? En una mejora regulatoria respecto de los fondos de inversión, sin duda, pero no es suficiente. No alcanza para preferir la inscripción de un fondo de inversión en CONASEV antes que constituir un fondo de carácter privado, teniendo en cuenta que la gran mayoría de inversionistas de este tipo de instrumentos son sofisticados.

Empresas mutantes

Julio Guadalupe
Analista
Comercio Exterior

Hace pocos días escuché por radio unas declaraciones del Ministro de Defensa en las que se refería a las "empresas mutantes", frase que me pareció genial y mediante la cual hacía alusión a aquellos malos proveedores del Ejército que cumplían de manera indebida con sus respectivos contratos de abastecimiento pero que, a pesar de las sanciones administrativas impuestas, continuaban obteniendo la buena pro en licitaciones al cambiar su ropaje jurídico ("mutar"), constituyendo nuevas empresas con otros nombres y con otros accionistas.

En materia de comercio exterior también hemos tenido casos de "empresas mutantes". Basta recordar los escandalosos descubrimientos de empresas exportadoras que se beneficiaban indebidamente del *drawback* para luego desaparecer y reciclarse ("mutar") en compañías exportadoras distintas que, a su turno, nuevamente obtenían indebidamente el beneficio. Como consecuencia de ello, los operativos posteriores de control







(fiscalizaciones) llevados a cabo por la autoridad aduanera resultaban infructuosos dado que, al momento de efectuada la fiscalización, estas compañías literalmente ya no existían.

Esto conllevó a que, con buen criterio desde nuestro punto de vista, se haya establecido un procedimiento de fiscalización previa en función al cual el cheque o nota de crédito por concepto de *drawback* debe ser entregado luego de realizado tal operativo de control en un plazo no mayor de seis meses de presentada la solicitud de restitución.

Lo interesante es que este mecanismo ha sido estructurado sobre la base de distintos indicadores de riesgo (primera vez que se exporta; capital social mínimo y no acorde con el volumen de las operaciones; mercancías consideradas de "alto riesgo"; porcentaje de utilidad exorbitante en relación con el costo de producción; etcétera) en función de los cuales se podría presumir, de modo razonable, la existencia de fraude y, en tal sentido, orientar las acciones de control ex ante a aquellas operaciones en las que dichos indicadores hayan sido verificados. Hablamos en plural ("indicadores"), ya que se exige que al menos dos ellos se encuentren presentes en forma conjunta en la operación de exportación que sustenta el *drawback*.

Como se aprecia, dentro de este mecanismo las denominadas mercancías de "alto riesgo" constituyen un indicador de riesgo pero no el único. Ello nos parece acertado puesto que si una empresa, por ejemplo, exporta regularmente y viene cumpliendo debidamente con sus obligaciones aduaneras, no sería dable que, dadas estas circunstancias, la autoridad aduanera inicie una fiscalización previa (con el tiempo y dinero que ello genera tanto para la autoridad como para los particulares) sólo por el hecho que esta empresa haya exportado una mercancía considerada de "alto riesgo".

Lo expuesto trae a colación otro tema. En la Ley de Facilitación del Comercio Exterior se ha establecido un sistema de evaluación de riesgos que pasa por direccionar las acciones de control aduanero a los casos de mercancías de "alto riesgo", teniendo a éste factor como único indicador de riesgo. Es decir, el mecanismo pasa por analizar las mercancías que son objeto de comercio en vez de la operación de comercio exterior en sí.

Ello, desde nuestro punto de vista, no resulta correcto y, peor aún, es contraproducente y no acorde con un fin facilitador del comercio exterior. En efecto, el hecho de tener a la mercancía de "alto riesgo" como único indicador de riesgo supondría que automáticamente los despachos de este tipo de mercancía pasen a canal rojo (revisión física) en forma independiente a otras consideraciones (condición de buen contribuyente, por ejemplo), en función de las cuales un operativo de control concurrente al despacho pudiese no resultar razonable.

Si bien el Capítulo Cinco ("Administración Aduanera y Facilitación del Comercio) del TLC suscrito con los Estados Unidos ha incidido en la focalización de actividades de inspección en mercancías de "alto riesgo" simplificando el despacho de mercancías de "bajo riesgo", creemos que el hecho de generar mecanismos de evaluación de riesgos que contemplen en forma adicional otros indicadores (en beneficio de un análisis integral de la operación de comercio exterior), no sólo no supondría una contravención a lo señalado en el TLC, sino que serviría para contar con menos "despachos investigados" y más "despachos simplificados", ya que para caer en la primera categoría no bastaría tan sólo con haber importado o exportado mercancías consideradas "riesgosas" sino que, además, se necesitaría haber incurrido en uno o más supuestos "de riesgo" previamente establecidos. Como se ve, lo riesgoso no son las mercancías en sí sino la forma en que la operación de comercio exterior pueda haber sido estructurada.

Tribunal Constitucional: La Ley 28647 no tiene carácter de "precisión"

Humberto Medrano
Analista
Tributario

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 que "precisó" la aplicación del plazo de caducidad de la responsabilidad solidaria de los agentes de retención o percepción establecido por el Decreto Legislativo 953.

Este último, publicado el 5 de febrero de 2004, estableció que la responsabilidad solidaria de los agentes de retención o percepción que hubieran incumplido con su obligación de retener o percibir los tributos correspondientes caducaba al vencimiento del año siguiente a la fecha en que se incurrió en la omisión.

El Tribunal Fiscal, mediante la RTF 9050-5-2004, concluyó que ese plazo era aplicable incluso a aquellas omisiones en las que los agentes de retención o percepción hubieran incurrido con anterioridad a su vigencia, supuesto en el cual la Administración Tributaria ya no estaba en la posibilidad de exigirles el pago de las retenciones o percepciones no efectuadas.

El 11 de diciembre de 2005 se publicó la Ley 28647 que, por un lado, restableció el plazo de prescripción de cuatro años para las obligaciones de los agentes de retención o percepción; y, por otro, bajo la apariencia de una "precisión" señaló que el plazo de caducidad establecido por el Decreto Legislativo 953 sólo resultaba aplicable para las omisiones incurridas a partir de la vigencia de este decreto legislativo y hasta el 11 de diciembre de 2005.

La referida Ley 28647 no contenía una precisión sino una modificación retroactiva del citado Decreto Legislativo, por lo que el Tribunal Constitucional: i) establece los criterios para distinguir cuándo una norma es de naturaleza interpretativa y, por tanto, rige desde la vigencia de la Ley interpretada y cuándo se está frente a una que modifica los alcances de la Ley y, en consecuencia, sólo puede tener efectos a partir de su vigencia; y, ii) declara inconstitucional la Disposición Transitoria Única de la Ley 28647 que modificó la aplicación en el tiempo del plazo de caducidad del Decreto Legislativo 953.

En términos prácticos, la sentencia del Tribunal Constitucional implica que la Administración Tributaria está impedida de exigir a los responsables el pago de las retenciones o percepciones de cualquier tributo que hubieran omitido hasta el 31 de diciembre de 2003, toda vez que el plazo de caducidad de su responsabilidad solidaria se cumplió el 31 de diciembre de 2004, con arreglo al Decreto Legislativo 953.

El fallo del Tribunal Constitucional es aplicable a los procesos tributarios que se encuentren en trámite ante SUNAT, el Tribunal Fiscal o el Poder Judicial. Únicamente no podrá invocarse en los casos que cuenten con resolución firme, como señala el considerando 37 de la sentencia.

Vistazo Legal

Utilidades: remuneración computable para el tope de 18 remuneraciones mensuales

Marlene Molero
Analista
Invitada

Un reciente laudo emitido por el Tribunal Arbitral integrado por Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos, en la controversia suscitada entre Minera Yanacocha S.R.L. y Fondoempleo, ha puesto sobre el tapete la discusión en torno a cuál es la forma correcta de determinar la remuneración que debe ser utilizada para el cálculo del tope de 18 remuneraciones mensuales que el Decreto Legislativo 892 señala como límite de utilidades a ser distribuido a cada trabajador.

El artículo 2 del Decreto Legislativo 892 establece que el límite máximo de 18 remuneraciones mensuales debe calcularse en base a la remuneración vigente al cierre del ejercicio. Por su parte, el artículo 7 del Decreto Supremo 009-98-TR, norma que reglamenta el Decreto Legislativo 892, dispone que la remuneración que servirá de base para determinar el límite de las 18 remuneraciones mensuales debe ser el producto del promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el ejercicio anual correspondiente.

Dos posiciones se han planteado al respecto. La primera de ellas es que existe una manifiesta incompatibilidad entre lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 892 y lo dispuesto en el artículo 7 de la norma reglamentaria, siendo que debe preferirse la aplicación del Decreto Legislativo por ser ésta una norma de mayor jerarquía.

La segunda posición planteada, que es la finalmente adoptada por el Tribunal Arbitral, es que no existe incompatibilidad entre ambas normas. Así, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, el artículo 7 del Decreto Supremo 009-98-TR "desarrolla una interpretación finalista y sistemática del artículo 2 del Decreto Legislativo 892 y, en tal sentido, resulta enteramente compatible con dicho precepto legal".

La consecuencia directa de esta contraposición de interpretaciones es que la primera posición no tiene en cuenta para el cálculo del tope de 18 remuneraciones aquellas de periodicidad mayor a la mensual, siendo excluidas las gratificaciones legales de fiestas patrias y navidad, entre otros conceptos. Ello ocasiona que la base de cálculo empleada sea menor a aquella que sería producto de una interpretación sistemática entre Decreto Legislativo y Reglamento, la misma que al ser producto de un promedio anual sí tendría en consideración estos conceptos.

En la práctica, esta diferencia en la forma de cálculo de la base computable importaría que aquellas empresas que hayan calculado el tope de 18 remuneraciones tomando en consideración la remuneración de diciembre hayan calculado un tope menor y, en consecuencia, hayan distribuido un monto menor al debido. Como es evidente, estas empresas tienen el riesgo que sus trabajadores demanden el reintegro correspondiente.

Gobernanza laboral y *soft law*

Jorge Toyama
Analista
Laboral

Las políticas laborales orientadas hacia la sanción, coerción y fiscalización no deberían ser el eje de un Estado que busque detener un proceso de "informalización de lo formal" y donde la mayoría de trabajadores no tienen derechos laborales ni prestaciones sociales.

Consideramos que el plan laboral del país, más bien, debe tener como ejes centrales, siguiendo la tendencia en la regulación jurídica de muchos países, la gobernanza laboral y la promoción del denominado *soft law*. Ambas expresiones son manifestaciones de la llamada "tercera vía", frente a las tradicionales maneras de regular el mercado laboral.

La globalización de las relaciones de trabajo, el crecimiento de los fenómenos de tercerización y *outsourcing*, la movilidad laboral, el teletrabajo y la deslocalización de las relaciones laborales generan que las decisiones de inversión se adopten entre otras razones comparando la regulación y los costos de trabajo de cada país, y hacen necesaria una reflexión seria sobre el contenido de las normas y las políticas públicas laborales.

De un lado, la gobernanza laboral importa una orientación del Estado más bien promotora y la generación de una conciencia cívica laboral con la ineludible participación social y el necesario diálogo social en la articulación de la gran mayoría de propuestas e iniciativas. Se busca, en buena cuenta, eficiencia en las medidas laborales que se implementen y respaldo en su implantación. Aquí aparecen las políticas de promoción a las buenas prácticas laborales, el fomento a la inversión en formación profesional, la apuesta por la educación laboral, la generación de comunidades de cumplimiento laboral, etcétera.

El término *soft law* ("derecho suave o blando") pretende referirse al conjunto de códigos, conductas, pautas, líneas de actuación, entre otros, que no son necesariamente obligatorias pero sí generan precedentes, interés o vinculación a terceros. Allí tenemos los códigos de ética y conducta que las empresas extienden a services, contratistas, socios estratégicos y los fenómenos de tercerización; o los contratos comerciales donde los proveedores deben cumplir con estándares laborales mínimos. Hace poco una empresa exportadora peruana, por ejemplo, tuvo que adecuar ciertas prácticas sindicales a los estándares de su cliente extranjero pues si no lo hacía las relaciones comerciales se extinguirían.

Para algunos, estos enfoques son líricos y no eficaces, y se requiere más normas protectoras y fiscalización laboral (según el Banco Mundial el Perú ocupa la posición diecisiete en mayor rigidez laboral del mundo). Sin embargo, estamos ante varias instituciones que ya funcionan en muchas empresas y diversos países ya lo han incorporado a sus políticas públicas laborales. Es la apuesta hacia el futuro, hacia un país donde cada vez menos existan trabajadores excluidos o precarios.

En suma, gobernanza laboral y *soft law* son manifestaciones de una nueva forma de enfocar las relaciones de trabajo y que pueden sintetizarse en la participación de la sociedad en la elaboración de las políticas y normas laborales, la generación de una responsabilidad social laboral y la comunidad de "interés laboral", la creación de normas orientadas hacia la promoción y reconocimiento de las buenas prácticas laborales, así como la apuesta por la inversión social del Estado (educación y formación profesional).

De Reojo

El “bus” nuestro de cada día

Eduardo Neira
Consultor en temas de transporte rural.
Licenciado en Planeamiento Urbano y Regional por la UNAM,
con postgrados en la materia en la CEPAL y la Universidad de La Sorbona

Resulta lamentable que la problemática de trasportes sólo se discuta a partir de rachas de accidentes de tránsito, en especial los accidentes vinculados a transporte interprovincial. Esto es lamentable no solamente por la cantidad de muertes que este tipo de sucesos ocasiona sino porque, a pesar de todos los muertos, se sigue creyendo que se trata de accidentes. En realidad no se trata de accidentes de tránsito. Los accidentes de tránsito refieren a un hecho fortuito, azaroso, eventual; no son hechos regulares y, si tenemos miles de muertos por cuestiones de tránsito, no se trata entonces de accidentes, hechos fortuitos o eventuales, sino que estamos frente a deficiencias constantes en el sistema. Lo fundamental es entender que se trata de un problema manejable, de hechos que se pueden controlar y reducir. Es el mismo error que cometemos al pensar que los desastres son naturales, lo que son naturales son los fenómenos de la naturaleza que generan desastres sociales, políticos y económicos.

Cuando se hace referencia a un sistema de transportes son muchos los que consideran que éste está únicamente compuesto de carreteras o buses. En realidad, se trata de un sistema mucho más complejo en el que intervienen aspectos financieros, de gestión y físicos (como la infraestructura de las carreteras). Asimismo, participan diversos actores, como los transportistas, los conductores y los usuarios. Como parte del sistema, está en nosotros los usuarios el poder ser parte de la solución del problema en que se encuentra nuestro sistema de transportes. Respecto del Plan Tolereancia Cero, es importante destacar la decisión política que hubo detrás. Una de las razones por las que no ha alcanzado el éxito deseado es la multiplicidad de actores que intervienen, teniendo todos ellos diversos intereses: unos a favor y otros en contra, con lo que la tensión suele ser frecuente. Este clima produce una falta de voluntad y compromiso, reflejada en el escaso progreso del Plan. En general, el Plan es interesante, pero resulta insuficiente, debería de ser complementado con un programa de revisiones técnicas de todo tipo de vehiculo (en transporte urbano y rural), tarea que está aún pendiente. El gobierno debe de reajustar el Plan Tolerancia Cero, se debe reforzar el papel de todos los actores que participan en éste. No solamente son fundamentales los técnicos del Ministerio, la Policía, los propietarios, los choferes y las revisiones técnicas. También es importante que el Ministerio avance cubriendo todos estos frentes para que el Plan Toleracia Cero pueda ser efectivo. Lo rescatable es que se ha tomado una decisión política y existe una voluntad de avanzar, esperemos que esta voluntad continúe, pero hay toda una parte operativa que es necesario organizar. Medidas como el plan Tolerancia Cero u otras que pueda asumir el Ministerio de Transportes son bienvenidas, pero no son suficientes. Hay múltiples actores del sistema que también deberían de intervenir con una orientación mucho más coordinada: los transportistas, los dueños de las empresas de transporte, los gremios de de choferes (en transporte rural o urbano), los usuarios, todos son fundamentales.

El transporte como problemática tiene varias aristas, una relacionada a la infraestructura, otra que está vinculada a los usuarios, pasajeros, choferes y transportistas. En general el transporte es un problema social, si fuera simplemente un problema técnico la solución sería mucho más fácil, pero existen dificultades en tomar decisiones políticas para solucionar el problema debido a lo complejo que resulta el tema social. En el caso del transporte urbano en Lima, el problema central que condiciona la decisión política no está en relación a la infraestructura, ni a los medios de transporte ni a la normatividad vigente, sino fundamentalmente al aspecto social que involucra el empleo de miles de operadores del sistema actual. Si eliminamos los micros, buses y combis para reemplazarlos por sistemas de transportes más eficientes, tendríamos una gran cantidad de desempleados en las calles (en este caso, los gremios de transportistas) reclamando por sus derechos. Es así que modificar y mejorar el sistema de transportes pasa por solucionar problemas sociales más complejos. Por el lado técnico, las soluciones son más o menos conocidas, básicamente es tema de inversión, en el que se debe buscar soluciones combinadas entre iniciativas privadas y el sector público. El tema normativo no tiene en general mayores deficiencias, hay cosas que se pueden mejorar, pero el gran problema no reside en el cuerpo normativo, en las reglas de juego, que son en mayor o menor medida claras. El problema pasa por cumplir estas normas, no solo de parte del Ministerio o la Policía, sino de todos los actores que están involucrados en este sistema. Además de esto, visto el tema del transporte desde la perspectiva social, podremos hacer un intento de aplicar el enfoque de “derechos”. Por ejemplo, desde la perspectiva de los usuarios, el derecho a desplazarse es que libremente por el territorio sin poner en riesgo la vida; por parte de los empresarios, el derechos a movilizar bienes e insumos de manera eficiente; por parte de los operadores del transporte, el derecho al empleo estable (y la obligación de ejercerlo de manera responsable), entre otros. Sería bueno hacer ese ejercicio. Lo cierto es que actualmente el sistema está organizado sobre la base de intereses políticos y económicos (p. ej. evitar "quemarse" políticamente con medidas que afecten el empleo de miles, la corrupción de funcionarios, los lobbies de empresas de transporte, de constructores de infraestructura y de comerciantes de vehículos) y no sobre la base del interés superior de las personas.

Uno de los temas que podría ayudar a dar solución a toda esta problemática y es uno de los temas en los que se trabaja muy poco, es el tema de la educación vial. Me parece rescatable que para situaciones como las producidas en el sur producto del terremoto, la gente asuma un compromiso de ayuda y colaboración, pero sin embargo se olvida que por el tema de transportes mueren miles de personas al año y no existe el mismo compromiso para combatir esta problemática. Aquí se nota por parte de los usuarios una actitud mucho más pasiva, esperando que el Ministerio de Transportes resuelva el problema, sin saber que nosotros somos parte del problema y que somos actores muy activos. No existe una real voluntad, de ninguno de los dos lados, de hacer algo en el tema de la educación vial. El impulso de este tema le compete a todos los sectores, públicos y privados. Si bien existen algunas iniciativas privadas a partir de anuncios en medios de comunicación, no existe un ente que coordine todas las iniciativas del Estado o de particulares. Es necesario tener un organismo que coordine y organice el trabajo en educación vial. Se necesita, además, presupuesto para realizar programas de educación vial y reducir la accidentalidad en el país. Creo que un medio interesante para recaudar fondos podría ser el destinar el 1% o 2% de lo recaudado por el SOAT para desarrollar estos programas. Si bien en el sistema de transportes estamos todos, pero los usuarios no sabemos cómo participar. Hay ejemplos como el cinturón de seguridad que nos dice que es posible cambiar las costumbres. Hay que ser mucho más agresivos en el tema de la educación vial y tenerlo como punto de agenda principal para cambiar la realidad del sistema.

De Observancia Obligatoria

La competencia en el proceso de amparo contra resoluciones emitidas por autoridades jurisdiccionales

Giovanni Priori

El 11 de diciembre de 2006 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia en dos procesos de amparo acumulados (Expedientes 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC). En dichas sentencias, el Tribunal resuelve una controversia surgida en torno a quién resulta ser competente para conocer de un amparo contra una resolución expedida por un órgano que ejerce función jurisdiccional.

A fin de comprender el razonamiento del Tribunal en este tema es preciso señalar que la Constitución peruana atribuye la posibilidad de que distintos órganos puedan ejercer potestad jurisdiccional, entre los cuales está el Poder Judicial, el arbitraje, los Tribunales Militares, el Jurado Nacional de Elecciones, el propio Tribunal Constitucional y las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Ya el Tribunal Constitucional ha señalado que, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en cada uno de dichos órganos, deben respetarse cada uno de los derechos que conforman el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ahora bien, como en el desarrollo del ejercicio de la potestad jurisdiccional de cada uno de ellos (salvo la del propio Tribunal Constitucional, por supuesto, ya que él mismo se ha encargado de establecer que el amparo contra decisiones dictadas por él mismo es improcedente, asentando con ello su jurisprudencia en el sentido de que el ente revisor es irrevisable) es posible que se lesione el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Siendo ello así, es posible que se inicie un proceso de amparo con el propósito de reaccionar frente a la lesión del mencionado derecho constitucional.

El problema que se plantea es el de quién resulta competente para conocer de dicho proceso. El Código Procesal Constitucional ha consagrado una cuestionable regla en materia de determinación de la competencia, pero solo pensada para el caso del inicio de un proceso de amparo contra una resolución judicial, la misma que le corresponde, según lo previsto en el artículo 51 de dicho Código a la Sala Civil de la Corte Superior, a pesar de que la resolución que se cuestiona sea de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Además de esa norma, no existe otra que determine la competencia para el inicio de un proceso de amparo contra decisiones distintas a las del Poder Judicial, pero que también supongan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. El Tribunal Constitucional ha optado en este caso por una interpretación literal del artículo 51 de la Constitución, interpretación que, a pesar de no dictar soluciones razonables para los casos en los cuales se cuestionen decisiones distintas a las del Poder Judicial, el Tribunal ha señalado que se debe de mantener en aras de proteger el principio de legalidad que rige a la competencia, con el que se quiere proteger a los ciudadanos de la determinación previa, precisa y con claridad del juez ante el que debe interponer la demanda.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisa que en los casos de los laudos arbitrales es necesario considerar que en la medida que antes de ir al proceso de amparo es preciso cuestionar el laudo vía recurso de anulación ante el Poder Judicial, en esos casos, además de cuestionarse los laudos en sí, se cuestiona la decisión expedida por el Poder Judicial en el recurso de anulación con lo cual en esos casos también resulta aplicable la norma que establece que en primera instancia es competente la Sala Civil de la Corte Superior.

En este caso hubiese sido deseable que el Tribunal dicte una sentencia indicando soluciones más razonables y coherentes para la impugnación de cualquier decisión dictada por un órgano en ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, esta vez, optó por la solución que brinda la simple lectura literal del artículo 51 del Código Procesal Constitucional.

Bajo la Lupa

Una vieja historia de puerco espines

Yuri Montesinos
Estudiante de la Facultad de Derecho PUCP

El filósofo alemán Arthur Schopenhauer contaba la historia de unos puerco espines que un día de invierno buscaban guarecerse del frío para salvarse de morir congelados. Con aquel propósito, ellos se apiñaban y lograban obtener calor, pero tan pronto como hacían esto las púas reciprocas los dañaban y terminaban hiriéndose. Luego, conducidos por el dolor, se alejaban los unos de los otros. Entonces, el dolor por las punzadas cesaba pero nuevamente los atormentaba el frío intenso. Finalmente encontraron una distancia prudente, ni muy cerca ni muy lejos, y desde la cual no se lastimaban con las púas y lograban aplacar el frío. Esta historia servía, según Schopenhauer, para explicar la forma correcta en que un hombre debe vivir en comunidad. Él pensaba que sólo desde aquella “prudente distancia” es que los hombres podíamos convivir sin hacernos daño.

El Perú, qué duda cabe, es un país donde encontramos un calidoscopio de relaciones. Las formas de interacción son complejas y variadas. Tal pluralidad es vista por algunos como una riqueza y por otros como un escollo. En un sentido negativo, subsisten rezagos de prácticas absurdas y cuyas muestras más claras a veces son tan duras como evidentes. Por eso, no llama la atención que la sanción impuesta por la Comisión de Protección al Consumidor y confirmada hace algunas semanas por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI a Café del Mar (discoteca de la empresa GESUR S.A.C) por prácticas discriminatorias (impedir el acceso al local de una pareja de rasgos mestizos) solo termine por hacer más patente una práctica todavía vigente de nuestra realidad.

Efectivamente, la Resolución 10292007/TDC confirma la Resolución 2174-2006/CPC que declaró fundado el procedimiento iniciado de oficio en contra de GESUR por infracción al artículo 7B del Decreto Legislativo 716. Asimismo, estableció el cierre temporal por 60 días de Café del Mar y le impuso una multa de 70 UITs.

Como puntos interesantes de la resolución confirmatoria, podemos señalar la adecuada distinción entre trato diferenciado y trato discriminatorio. El primero resulta un trato justificado y admitido constitucionalmente. Caso opuesto a lo que ocurre con el trato discriminatorio, que supone una vulneración al principio de dignidad del sujeto y a su derecho fundamental a la igualdad. De la misma manera, resulta importante la valoración que se hace del video propalado en un programa periodístico (y sobre el cual se asentó la denuncia) como prueba preconstituida y con alcance suficiente para permitir amparar la demanda.

La posición tomada por el Tribunal nos permite creer que los mandatos de no discriminación o el de trato equitativo y justo no caen en la mera retórica. Quizás, en ese sentido, sí cupiera la posibilidad de encontrar la denominada “prudente distancia”. Es decir, aquella desde la cual que seres semejantes busquen convivir sin hacerse daño sea algo razonable.

más artículos